

O fim da farra da prescrição penal: Lei nº 11.596, de 29 de novembro de 2007, e Lei nº 12.234, de 05 de maio de 2010

Autor: Paulo Afonso Brum Vaz

Desembargador Federal do TRF da 4ª Região

publicado em 30.6.2010

 [\[enviar este artigo\]](#)  [\[imprimir\]](#)

Sumário: 1 A prescrição penal e os números no Judiciário Federal. 2 Crítica ao tratamento descurodo à matéria e ao conformismo do Poder Judiciário. 3 Prescrição e impunidade: falta de legitimidade social. 4 A ocorrência patológica da prescrição como variável que viola o princípio igualizador das partes no processo penal. 5 O acórdão confirmatório da condenação como causa interruptiva do prazo prescricional: Lei nº 11.596, de 29 de novembro de 2007. 6 Lei nº 12.234/2010: o ocaso da prescrição retroativa. 6.1 O aumento do prazo prescricional para os delitos com pena inferior a 1 (um) ano: uma solução apenas parcial. 7 A questão sob o enfoque do Direito Intertemporal. 8 Premissa para o acolhimento do discurso sobre as penas privativas curtas: revisão dos prazos de prescrição. Conclusão.

1 A prescrição penal e os números no Judiciário Federal

A preocupação quanto à incidência de prescrição da pretensão punitiva na jurisdição penal federal sugeriu-me um singelo levantamento estatístico, realizado nos processos criminais que tramitam no TRF4, considerando os julgamentos ocorridos entre 2002 e 2007. Verifiquei, então, que o percentual de casos de prescrição registra uma tendência sempre crescente, passando de 1,73%, em 2002, para 10,08%, em 2007, conforme demonstra a tabela que segue:

Ano	Ocorrências	Total de Julgados	%
2002	54	3130	1,73%
2003	97	3277	2,96%
2004	113	2716	4,16%
2005	138	3833	3,60%
2006	202	4275	4,73%
2007	468	4644	10,08%

Esses dados revelam que os números da prescrição são elevados no Poder Judiciário Federal. A realidade desnudada, que levou em conta apenas parte dos julgamentos do segundo grau, deve ser muito mais grave se considerarmos os casos de reconhecimento de prescrição que ocorrem no primeiro grau de jurisdição, no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo

Tribunal Federal. Principalmente no STJ, porque a decisão de segundo grau confirmatória da condenação não interrompia a prescrição, tem-se um número expressivo de decisões declarando extinta a pretensão punitiva. Não se dispõe de elementos concretos. Mas basta pesquisar pelo verbete “prescrição” nos julgados daquela Corte, na base informatizada de dados disponível na rede mundial de computadores (www.stj.gov.br), e se vai constatar que a incidência é muito maior do que a ocorrente no primeiro e no segundo graus de jurisdição. Isso leva a uma estimativa que gira em torno de 40% dos casos criminais examinados pelo Poder Judiciário Federal.(1)

Essa preocupante tendência, a denunciar a ocorrência quase patológica da prescrição penal, é sintomática da escassa efetividade da justiça penal, aproximando-se mesmo de uma **falsa promessa** de tutela dos valores prezados pela sociedade brasileira. Autêntica manifestação de propósitos sem efetividade prática a conspirar em desfavor do prestígio do Poder Judiciário junto à população insegura.

2 Crítica ao tratamento descuidado à matéria e ao conformismo do Poder Judiciário

Não se pretende lançar dúvida sobre a importância do instituto da prescrição, fundado no princípio da segurança jurídica, como instrumento jurídico destinado a evitar a eternização dos conflitos. Não pode pairar sobre o réu a ameaça *ad perpetuam* do poder repressivo estatal. Como assinalou VON LISTZ,

“os efeitos da pena, quando a execução é distanciada da prática do ato punível, estariam, por certo, malogrados, pela completa desproporção com as dificuldades e incertezas que ofereceria a verificação do fato, e com a perturbadora intromissão nas novas relações originadas e já consolidadas.”(2)

Inegável também a importância da prescrição como instrumento de política criminal destinado a reforçar o aspecto preventivo da pena e impedir a eternização do clamor social em relação à prática delituosa. O tempo apaga todas as feridas, individuais ou sociais.

O que merece maior reflexão e preocupação do Direito Penal é o viés patológico que a prescrição vem assumindo. Ao invés de constituir uma exceção, a prescrição, em razão da incidência absurda de sua ocorrência, passou a ser a regra geral. Como bem assinalou GUARAGNI:

“a incidência da prescrição deve operar em níveis de razoabilidade e não ser demasiada por força de anomalias de ordem técnica verificadas de *lege lata*, capazes de comprometer a atuação do Direito Penal e frustrar as linhas de política criminal adotadas pelo Estado.”(3)

Gastam os juristas pátrios e estrangeiros rios de tinta para pintar o quadro nefasto dos efeitos do tempo (demora) no processo civil, no qual mudanças legislativas são introduzidas em profusão. No processo penal, entretanto, assistimos, silentes, para não dizer lenientes, à demora das investigações – não há preocupação em aparelhar as polícias –, às chicanas protelatórias, às provas procrastinatórias, e a persecução penal se desenvolve morosa, quase sonolenta, rumo a uma sentença retardada. E temos ainda os recursos, e as instâncias recursais são muitas, estando os tribunais assoberbados, o que faz tardar os julgamentos.

3 Prescrição e impunidade: falta de legitimidade social

Antes de mais nada, uma pergunta precisa ser respondida: é possível cogitar-se de impunidade quando se reconhece a prescrição, considerando a chamada “teoria do esquecimento” que fundamenta esse instituto? Entende-se que sim. Se é certo que o decurso de tempo entre o fato e a condenação arrefece a necessidade da pena, não menos certo é que, mesmo havendo esse desinteresse, configurada estará a impunidade (ausência de punição para um fato considerado crime). Talvez se pudesse alvitrar uma impunidade irrelevante ao senso social, se não fosse o atraso

na persecução penal, que gera a prescrição e a impunidade, um fenômeno atrativo da repulsa social veemente. Com essa observação, pode-se afirmar que um ou outro caso de prescrição, considerado isoladamente, é irrelevante enquanto impunidade à estrutura social, mas a sua ocorrência intensa, revelando a ausência de resposta penal a um número considerável de fatos, numa análise sistemática do conjunto de fatores, desvela um sentimento social de impunidade que merece ser ponderado.

Na lição de MENDES DE ALMEIDA, “a lei penal é primordialmente de interesse público, e, por corolário, que, uma vez violada, a efetivação das penas interessa à coletividade mais do que aos ofendidos pelo crime”.(4)

Em tempos de criminalidade intensa, medrando delitos de todas as espécies, transparece uníssono o clamor social contra a impunidade. A sociedade, vítima potencial, exige mais segurança contra a delinquência e, ao mesmo tempo, punição, se possível, rigorosa e efetiva. E exige justamente da justiça penal. Consoante assevera MACHADO, o enfrentamento da problemática da prescrição desafia a própria eficiência do Direito Penal a ser analisada de forma sistemática:

“As questões acerca da eficiência do Direito Penal, da pena e da não punição e suas causas de extinção, v.g. a prescrição penal, não podem ser compreendidas num contexto isolado, mas dentro da própria legitimidade do Direito Penal, hoje tão questionada e guerreada devido ao aumento empírico da criminalidade e da incapacidade do Estado em combatê-la.”(5)

A prescrição penal, seja pela demora dos órgãos partícipes da persecução penal, especialmente polícias, Ministério Público e Justiça, seja pelas antinomias do sistema penal, que necessita de reformas, é representativa de uma tutela penal insuficiente, senão que inexistente. É, no dizer de GUARAGNI, a “ausência de respostas quaisquer em nível penal para o fato, apagando-se todos os seus efeitos penais”.(6) De fato, a consequência mais grave da prescrição é a falta de resposta penal por parte do Estado para situações que receberam o comando constitucional de proteção penal. É a violação do princípio da vedação da tutela penal insuficiente.

De certa forma, a impunidade, embora não seja adequado e correto generalizar esta assertiva, é um fenômeno que tende a não ocorrer em relação ao réu pobre, que, invariavelmente, acaba condenado e vai engrossar as filas dos habitantes de nosso falido sistema carcerário, que não reúne as mínimas condições de recuperação dos apenados.

Para além da lesividade direta ao tecido social, tem-se, correlatamente, outra consequência negativa deste fenômeno, consubstanciada na crescente perda de legitimidade (aceitação) do Judiciário enquanto Poder, em face da sociedade. Cada vez mais transparece aos olhos de todos a ineficiência da justiça para o cumprimento de seus fins. Ninguém ignora que a impunidade, tirante o exagero midiático, embora não se trate de fenômeno que diz respeito apenas ao Poder Judiciário, invariavelmente é creditada à responsabilidade desse Poder. Isso causa um distanciamento institucional das aspirações sociais. O homem do povo já não acredita mais na justiça penal e tem como certo que não foi ela concebida para punir os poderosos.

A prescrição, ademais, interfere negativamente no exercício do direito indenizatório da vítima. Conforme dispõe o art. 63 do Código Penal, transitada em julgado a sentença condenatória, poderão promover-lhe a execução, no juízo cível, para o efeito da reparação do dano, o ofendido, seu representante legal ou seus herdeiros. Esse artigo, de sua vez, é reflexo do disposto no art. 91 do Código Penal: “São efeitos da condenação: I – tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime”. Assim, deve-se acrescer a este quadro o grave prejuízo à vítima do delito praticado, que poderia executar a sentença condenatória, mas, em razão da inoperância do Estado, perde esse direito. Com efeito, se a prescrição apaga todos os efeitos da condenação, fica inviabilizada a

execução automática dos prejuízos decorrentes do delito, devendo a vítima propor ação autônoma.

Por fim, não se pode esquecer que a probabilidade de que a pena se faça efetiva compõe o custo/benefício do delito no ideário daquele que o pratica. Os efeitos dissuasórios da ameaça de pena e sua gravidade culminam por arrefecer-se diante da reduzida probabilidade de que esta venha a efetivar-se.

4 A ocorrência patológica da prescrição como variável que viola o princípio igualizador das partes no processo penal

É cediço que a justiça penal brasileira revela um matiz de seletividade que não se compadece com o ideário do Estado Democrático de Direito. A seletividade da justiça penal, até como reflexo da atuação do legislador, é um fenômeno estatisticamente comprovável. Basta uma pesquisa nos estabelecimentos carcerários para constatar que neles estão reclusos, em sua maioria esmagadora, os excluídos por pobreza ou outras contingências sociais. Essa tendência elitista e infeliz é agravada quando se trata da impunidade decorrente da prescrição penal, repercutindo flagrante violação ao princípio igualizador.

O princípio da igualdade exterioriza uma relação de plena identidade com o Estado Democrático de Direito. Funciona, leciona FELDENS, “como um fio condutor que permeia as demais categorias político-normativas explicitadas na Constituição”, pulverizando “efeitos que não se devem deixar consumir em discursos retóricos e ações estatais – executivas, legislativas e judiciárias – que comumente tendem a exaltá-lo no atacado e a abandoná-lo no varejo”.(7)

Não bastasse o descumprimento da missão de pacificação social do direito penal e a manifesta e renitente tendência de seletividade traduzida na atuação da justiça penal, a incidência patológica da prescrição penal desvela-se, em termos práticos, como um fator de desigualdade substancial na aplicação do direito penal. Explica-se: o réu mais débil economicamente produz uma defesa mais singela, sem requerer muitas provas, sem alegar muitas nulidades, sem a experiência e a técnica defensiva apurada dos grandes escritórios de advocacia. O réu melhor aquinhoado economicamente recebe a assistência, invariavelmente, de uma defesa técnica que lança mão de todos os meios defensivos. Nenhuma crítica a essa amplitude defensiva, quando não ingressa no perigoso e ilegal campo da protelação e da chicana – o que é muito comum. Mas, resumindo, a constatação de longos anos de magistratura é no sentido da agilidade e da rapidez do trâmite dos processos penais com réu que não tem condições de constituir advogado – e não vai aqui qualquer crítica ao trabalho da defensoria pública, incansável em esforços, mas com estrutura deficitária e insuficiente. É um processo que tem curso rápido e dificilmente se submete a alguma forma de prescrição.

Essa empírica constatação autoriza a crítica do sistema, também por esse aspecto desigualizador do tratamento das partes no processo penal, vale dizer: **a incidência quase que elitista do fenômeno prescritivo penal**. É claro que para esse aspecto pouco contribui a inoperância da justiça. É apenas um dado a mais, manuseado para evidenciar as decorrências nefastas da prescrição penal.

5 O acórdão confirmatório da condenação como causa interruptiva do prazo prescricional: Lei nº 11.596, de 29 de novembro de 2007

É cediço na jurisprudência que o acórdão confirmatório da sentença condenatória de primeiro grau não constitui causa de interrupção da prescrição (STF: HC 48.351-SP, Relator Min. Adalicio Nogueira, RTJ 57/538; HC 61.210-AL, Relator Ministro Néri da Silveira, RTJ 117/67; HC 68.321-DF, Relator Ministro Moreira Alves, RTJ 134/1208; HC 71007/SP, Min. Carlos Velloso, Ementário, vol. 1743-04, p. 759).

A magistratura vinha sustentando, e esta era uma das preocupações da

Associação dos Juizes Federais do Brasil, ser imperiosa uma alteração legislativa para acrescer-se às causas interruptivas da prescrição, previstas no art. 117 do Código Penal, o acórdão confirmatório da condenação.

Entendimento refratário à ideia argumentava acenando com o direito fundamental ao julgamento em prazo razoável. Os tribunais são demorados para julgar os recursos e a inserção dessa causa interruptiva iria agravar o problema.

A realidade atual é a seguinte: a complexidade dos julgamentos e o acúmulo de processos não permitem que se possa operar, em termos de prescrição, com um prazo tão elástico, vale dizer, da data da publicação da sentença até o trânsito em julgado para a defesa, sem, de permeio, pelo menos, contar com uma causa interruptiva. Por mais eficientes que sejam os tribunais, não é possível evitar o lapso prescricional. Por certo, não será com a ameaça de prescrição que se vai resolver o problema da demora do Poder Judiciário. Esse risco nunca teve o condão de agilizar a justiça penal.

Eventual violação ao exercício do direito fundamental ao julgamento em tempo razoável desafia o manejo de instrumentos outros para compelir o tribunal a se pronunciar com agilidade, para que não haja a frustração do ideal da sociedade com a impunidade.

Imagine-se um caso em que a sentença condenatória à pena de 2 anos é proferida em 06.06.2003. Em 06.06.2004, chega ao tribunal de 2º grau a apelação, que, na melhor das hipóteses, é analisada no prazo de 1 ano e 6 meses, ou seja, 06.12.2005, havendo confirmação da sentença condenatória. Interposto Recurso Especial ao Superior Tribunal de Justiça, sabe-se que entre o juízo de admissibilidade na origem e a apreciação do recurso por aquela Corte nunca menos de dois anos são consumidos. O julgamento ocorreria em 06.12.2007, quando já extinta a punibilidade pela prescrição intercorrente (4 anos).

Esse quadro tende a melhorar com o advento da Lei nº 11.596, de 29 de novembro de 2007, que define como causa interruptiva da prescrição o acórdão condenatório. Passa a vigorar o art. 117 do Código Penal com a seguinte redação:

“Art. 117. O curso da prescrição interrompe-se:

[...];

IV - pela publicação da sentença ou acórdão condenatórios recorríveis;”

A primeira dúvida diz respeito ao alcance do texto legal. Veio a nova redação do inciso IV do art. 117 do Código Penal criar uma nova hipótese de interrupção da prescrição ou apenas explicitar que no caso da condenação em grau de recurso seria o acórdão condenatório o marco interruptivo? Parece mais adequada a primeira assertiva. O acórdão condenatório, quando reforma sentença penal absolutória, sempre se revestiu de eficácia interruptiva da prescrição penal. A orientação pretoriana não discrepa sobre o assunto (STJ, REsp. 26.773, DJU 29.04.93, p. 6693). Não teria sentido uma alteração legislativa que, tangenciando o problema antes relatado, alheia aos reclamos sociais, apenas viesse ao mundo jurídico para explicitar o que a jurisprudência, se alguma dúvida houve em algum tempo, de há muito havia explicitado. Seria legislar desnecessariamente.

O melhor entendimento é o de que se está a criar nova causa interruptiva do prazo prescricional. O acórdão que confirma a condenação substitui-se à sentença condenatória. É o chamado efeito substitutivo inerente ao recurso. Assim, é também **acórdão condenatório** aquela decisão recursal que **confirma ou modifica em parte** a sentença condenatória. De acórdão absolutório é que não se trata, evidentemente! Assim, uma interpretação gramatical e sistemática do dispositivo legal alterado permite essa inteligência.

A Justificação do Projeto de Lei nº 401, de 2003, no Senado, pelo seu relator, Senador Magno Malta, não deixa qualquer dúvida sobre o desiderato da alteração legislativa proposta.

“A alteração proposta produz impacto na denominada prescrição intercorrente ou superveniente (art. 110, § 1º, do Código Penal), que ocorre após a prolação da sentença condenatória recorrível. Pretende-se evitar, com efeito, a interposição de recursos meramente protelatórios às instâncias superiores, uma vez que a publicação do acórdão condenatório recorrível, doravante, interromperá o prazo prescricional, zerando-o novamente.

Sabemos que, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, tem prevalecido o entendimento de que o acórdão confirmatório da condenação de primeira instância não é causa interruptiva da prescrição, justamente por conta da ausência de expressa previsão legal. A presente proposição, nesse sentido, contribuirá para dirimir os conflitos de interpretação, consolidando a posição mais razoável, de que **o acórdão confirmatório da sentença recorrível também interrompe o prazo da prescrição intercorrente** (destaquei).

Note-se bem que a interrupção da prescrição dar-se-á pela simples condenação em segundo grau, seja confirmando integralmente a decisão monocrática, seja reduzindo ou aumentando a pena anteriormente imposta. Assim, diminuir-se-ão as possibilidades de ocorrência da prescrição intercorrente pela estratégia de interposição dos Recursos Extraordinário e Especial, posto que a contagem do prazo prescricional será renovada a partir do acórdão condenatório, qualquer que seja a pena fixada pelo tribunal.”

Talvez mereça uma crítica a redação aprovada e sancionada, pelo fato de ter englobado num único inciso duas causas interruptivas da prescrição, utilizando a expressão alternativa “ou” entre ambas, quando deveria fazê-lo dispondo em dois incisos. Quando se está diante da sentença absolutória, e o acórdão a reforma para condenar o réu, estará este interrompendo a prescrição pela vez primeira, justificando o emprego da expressão “ou” entre as alternativas causas interruptivas. Cuidando-se de acórdão que confirma a sentença condenatória, mantendo-a integralmente ou reformando-a em parte, tem-se nova causa interruptiva do lapso prescricional, que já se havia interrompido antes com a sentença condenatória. Ao que penso, trata-se de mero defeito de técnica legislativa que não compromete o desiderato e a exegese do novo texto legal.

Acórdão condenatório, para os fins interruptivos da prescrição, é a decisão colegiada dos tribunais (Turmas Recursais dos Juizados Especiais, Tribunais de Justiça, Tribunais Regionais Federais, Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal) que confirma a sentença condenatória, mantendo-a integralmente ou em parte, ou, ainda, a decisão colegiada que, acolhendo recurso da acusação, condena o réu diante de sentença absolutória. Não se pode entender a expressão “acórdão condenatório” como sendo apenas a decisão colegiada dos tribunais de apelação.

O entendimento contrário, segundo QUEIROZ, parte de um equívoco manifesto:

“Primeiro, porque esta lei não faz distinção entre acórdão condenatório e confirmatório da sentença condenatória, distinção que é própria da decisão de pronúncia, por outras razões; no particular a distinção é arbitrária, portanto. Segundo, porque o acórdão que confirma a sentença condenatória a substitui. Terceiro, porque este acórdão é tão condenatório quanto qualquer outro. Quarto, porque a distinção implicaria conferir a este acórdão efeito próprio de absolvição. Quinto, porque não faria sentido algum que o acórdão que condena pela primeira vez interrompesse o prazo prescricional e o seguinte não. Finalmente, se os argumentos no

sentido de distinguir acórdão condenatório e confirmatório faziam sentido antes da reforma, já agora não o fazem mais. A interpretação parte de um panorama legislativo – e, pois, doutrinário e jurisprudencial – superado.”(8)

E sobre a expressão “recorrível”, que dizer? Cogita-se de recorribilidade porque, se não é admitido recurso, a decisão condenatória transita em julgado e descabe falar em interrupção da prescrição.

A nova regra, em vigor desde a publicação, ocorrida em 30 de dezembro de 2007, resolvendo uma das mais sérias idiossincrasias do sistema penal no concernente à prescrição, põe fim a um verdadeiro veio de impunidade.

Entende a jurisprudência que “a data em que o acórdão condenatório irá interromper a prescrição é aquela em que se realizar a sessão de julgamento na qual o Tribunal decidiu o recurso interposto, e não a data em que se deu a publicação formal de referido acórdão” (STF, HC 70810/RS, DJU 01.12.2006, p. 75, Relator Ministro Celso de Mello). O texto de lei faz expressa referência à **publicação**, não restando dirimida a dúvida então existente. Ao que penso, deve-se considerar mesmo a data da sessão de julgamento, consoante reconheceu o STF, momento em que se torna pública a decisão para as partes que estão devidamente intimadas para o ato. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, sem contrariar esse entendimento, é firme em que a interrupção do curso da prescrição se dá com a publicação da sentença condenatória em cartório, que em nada se confunde com a intimação das partes, pessoalmente ou por intermédio do órgão de imprensa oficial (HC nº 81.669 (200700890595/SC), 6ª Turma, j. 04.09.2007, DJU 22.10.2007, p. 379).

6 Lei nº 12.234/2010: o ocaso da prescrição retroativa

Consultando-se os principais sistemas penais do mundo, verificou-se que a prescrição retroativa é um instituto sem similar no direito comparado, ou seja, somente conhecido no sistema brasileiro. Reconhecidamente contraditório e viciado desde a origem, desafia a própria eficiência do sistema penal e acaba por frustrar os mais relevantes fundamentos do instituto da prescrição. Não é preciso muito esforço para concluir-se que, se a prescrição pune a inércia do Estado em exercitar a pretensão punitiva, depois de exercitada esta, havendo, portanto, sentença condenatória, não mais seria razoável falar em prescrição.

A propósito da prescrição retroativa, vale trazer à colação a síntese conclusiva crítica de GUARAGNI, no sentido de que:

“1) não se coaduna com o princípio de que a condenação reforça o *jus puniendi*, o que implicaria o aumento do prazo para seu exercício; 2) nega a interrupção válida do prazo prescricional pelo recebimento da denúncia e prolação de sentença condenatória recorrível, ao arrepio dos fundamentos em que estribadas as causas interruptivas, à luz do princípio da ‘imprescritibilidade da ação em movimento’; 3) viola os princípios de certeza, irredutibilidade e utilidade dos prazos, sendo por isso sustentável sua inconstitucionalidade, à luz do devido processo legal; 4) declara a inexistência do recebimento da denúncia, do desenrolar do processo e da própria sentença em que se funda através de uma injustificável ficção, não resistente ao fato de que tanto o recebimento da denúncia quanto todos os atos processuais daí desenvolvidos até a prolação da sentença (inclusive) são fenômenos não só jurídicos, mas também naturalísticos, sendo apreensíveis pelos sentidos; 5) não se justifica sob o argumento de que representa uma conquista do indivíduo dentro da órbita protetiva da pessoa adotada pela política criminal num estado de direito liberal ou, mais modernamente, social.”(9)

Dados estatísticos levantados em julgamentos de processos criminais do TRF4, no período de 2002 a 2006, revelam uma tendência sempre crescente de casos de prescrição retroativa, conforme segue:

Ano	Retroativa	Abstrata	Projetada	Intercorrente	Executória	TOTAL	%
2002	48	2	3	0	1	54	8,60
2003	89	3	3	1	3	99	15,76
2004	99	8	5	1	1	114	18,15
2005	98	13	18	8	2	139	22,13
2006	166	19	14	7	1	207	32,96
Total	500	45	43	17	8	613	97,61
%	81,57	7,34	7,01	2,77	1,31	100,00	

Gráfico 2002 - 2006 - por espécie de prescrição (anual)
(clique aqui para acessar o gráfico)

Gráfico Prescrição Retroativa - 2002 - 2006 (anual)
(clique aqui para acessar o gráfico)

Em conclusão, pode-se afirmar que a prescrição retroativa é a mais frequente nos julgados pesquisados, alcançando o percentual de 81,57% no somatório dos períodos considerados, com tendência crescente.

Tramitava na Câmara Federal o Projeto de Lei nº 1.383/2002, do Deputado Antonio Carlos Biscaia, propondo a revogação do § 2º do art. 110 do Código Penal, pondo fim à prescrição retroativa, segundo a seguinte justificativa:

“A prática tem demonstrado, de forma inequívoca, que o instituto da prescrição retroativa, consigne-se, uma iniciativa brasileira que não encontra paralelo em nenhum outro lugar do mundo, tem se revelado um competentíssimo instrumento de impunidade, em especial naqueles crimes perpetrados por mentes preparadas e que, justamente por isso, provocam grandes prejuízos, seja à economia do particular, seja ao erário, ainda dificultando sobremaneira a respectiva apuração.

É sabido que essa casta de crimes (p. ex. o estelionato e o peculato) reclama uma difícil apuração, em regra exigindo que as autoridades se debrucem sobre uma infinidade de documentos, reclamando, ainda, complexos exames periciais, o que acaba redundando, quase sempre, em extinção da punibilidade, mercê da prescrição retroativa, que geralmente atinge justamente o período de investigação pré-processual.

Ademais, o instituto da prescrição retroativa, além de estar protagonizando uma odiosa impunidade, cada vez mais tem fomentado homens mal intencionados a enveredarem pelo ataque ao patrimônio público, cômicos de que se eventualmente a trama for descoberta a justiça tardará e, portanto, não terá qualquer efeito prático.”

O projeto foi aprovado pelo Senado, onde recebeu emenda única e parecer final pela extinção da prescrição retroativa e aumento, ademais, de dois para três anos, do prazo mínimo de prescrição para crimes de menor gravidade, com penas inferiores a um (1) ano. A redação proposta era a seguinte:

“Art. 110.

[...]

§ 1º. A prescrição, depois de transitar em julgado a sentença condenatória para a acusação e a defesa, regula-se pela pena aplicada, não podendo, em nenhuma hipótese, ter por termo inicial data anterior à da publicação da sentença ou do acórdão.”

Em 05 de maio de 2010, foi promulgada a Lei nº 11.234, com o seguinte texto:

“Art. 1º. Esta Lei altera os arts. 109 e 110 do Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940 – Código Penal, para excluir a prescrição retroativa.

Art. 2º. Os arts. 109 e 110 do Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940 – Código Penal, passam a vigorar com as seguintes alterações:

‘Art. 109. A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto no § 1º do art. 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se:
(...)

VI – em 3 (três) anos, se o máximo da pena é inferior a 1 (um) ano.

(...)(NR)

‘Art. 110. (...)”

§ 1º. A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação ou depois de improvido o seu recurso, regula-se pela pena aplicada, não podendo, em nenhuma hipótese, ter por termo inicial data anterior à da denúncia ou queixa.

§ 2º. (Revogado)’. (NR)

Art. 3º. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 4º. Revoga-se o § 2º do art. 110 do Código Penal.”

Vê-se que o texto aprovado não corresponde com o da redação proposta no PL aprovado no Senado, que, realmente, visava ao fim da prescrição retroativa, na medida em que impedia que tivesse por termo inicial da contagem do prazo prescricional data anterior à da publicação da sentença ou do acórdão. Assim, permanece sendo possível a ocorrência da prescrição retroativa, mas limitada, pois que o termo inicial da contagem não poderá ser anterior à data da denúncia ou queixa.

Constata-se, *prima facie*, ter sido criado mais um marco interruptivo para o prazo prescricional, no caso da prescrição retroativa: a data da denúncia ou queixa, enquanto, na redação do revogado § 2º do art. 110 do Código Penal, o termo inicial da prescrição podia ser data anterior ao “recebimento da denúncia ou queixa”.

É certo que o prazo que medeia entre a denúncia e seu recebimento não é, via de regra, muito elástico. Não se vê justificativa, todavia, para não se considerar a data do recebimento da denúncia, que é um dos marcos interruptivos da prescrição, nos termos do art. 117 do Código Penal, a saber: a) recebimento da denúncia ou queixa; b) pronúncia; c) decisão confirmatória de pronúncia; e d) sentença ou acórdão condenatórios recorríveis (redação da Lei nº 11.596, de 29 de novembro de 2007).

Mas o que é digno de encômios é exatamente o fato de o marco inicial do lapso prescricional, agora, ter início, na prescrição retroativa, em data que não seja anterior à denúncia. Reside exatamente nesse aspecto a importância do dispositivo legal em comento. É entre o fato e a denúncia que ocorre, na prática, a maior incidência de casos de prescrição.

Para melhor identificar a intensidade da ocorrência da prescrição nas respectivas fases da persecução penal, realizou-se pesquisa estatística de dados levantados no Tribunal Regional Federal da 4ª Região, considerando-se os julgamentos de apelações e revisões criminais da Seção Especializada em matéria penal, composta pelas 7ª e 8ª Turmas, no período de 2001 a 2007. Os resultados, em termos percentuais, foram os seguintes:

Gráfico Momento da Prescrição 2001 a 2007 - percentuais
(clique aqui para acessar o gráfico)

Pode-se constatar que a maior incidência de casos de prescrição ocorre no interregno entre o fato e a denúncia, apurando-se um índice de 65,08% das hipóteses em que declarada a prescrição, sendo que na fase posterior ao recebimento da denúncia, até a data da decisão condenatória, o índice foi de 28,61%.

É intuitiva a conclusão superficial, a partir desses dados, de que se têm problemas de demora na investigação (inquérito) e no oferecimento da denúncia, atividades a cargo da Polícia Judiciária e do Ministério Público. Diz-se superficial porque essa conclusão precisaria estar alicerçada em pesquisa mais completa, mas é um indicativo de que o sistema não está funcionando a contento.

Embora não se possa afirmar a ausência de responsabilidade total do Poder Judiciário na fase pré-processual e administrativa da persecução penal, que se desenvolve, no sistema acusatório que adotamos, sem qualquer impulso judicial, tem-se que a este cumpre fiscalizar o cumprimento dos prazos para conclusão do inquérito e para oferecimento da denúncia, misteres de que nem sempre se desonera. De qualquer sorte, é muito elevada a incidência de casos de prescrição considerado o interregno entre o recebimento da denúncia e a sentença condenatória (28,61% dos casos em que se declarou a prescrição, conforme dados supra), o que evidencia haver também considerável demora atribuída ao Poder Judiciário.

Uma constatação final é a de que toda a responsabilidade pela prescrição retroativa passa a ser, doravante, do Poder Judiciário. O Ministério Público se desonera da responsabilidade com o oferecimento da denúncia.

6.1 O aumento do prazo prescricional para os delitos com pena inferior a 1 (um) ano: uma solução apenas parcial

Se é certo que o direito fundamental do acusado ao processo em prazo razoável impõe conduta reflexiva do Poder Judiciário no sentido de buscar a agilização do processo penal, não menos certo é que também, em contrapartida, ao Estado-juiz se deve conferir prazo razoável para o exercício do direito punitivo antes que ocorra a extinção desse direito pela prescrição. O que se sustenta é que o decurso de tempo autorizativo da aplicação da “teoria do esquecimento” também se insere na cláusula de razoabilidade, precisa ser razoável, ou seja, suficiente para o exercício do *jus puniendi* sem a necessidade de atropelos aos direitos e garantias do acusado e sem sacrifício do exercício do dever probatório da acusação.

Os atuais prazos prescricionais, consoante comprovam os índices de ocorrência de prescrição penal, mesmo em unidades jurisdicionais consideradas céleres, não são razoáveis, considerados os novos fatores influentes no exercício do *jus puniendi*, a saber: a complexidade dos delitos, a dificultar a sua descoberta, a investigação e a própria instrução do processo; a incidência sempre crescente de delitos, extrapolando em muito a capacidade de julgamento da Justiça Penal, vinculada a providências e medidas complexas, ordinariamente dependentes do interesse de setores políticos e de processos legislativos lentos; as tendências da jurisprudência, que assume uma concepção minimalista do Direito Penal; e, finalmente, o próprio clamor social por mais efetividade da justiça penal, refletido no sentimento de impunidade que, afora os

exageros midiáticos, não pode ser refutado como dado sociológico relevante no Estado Democrático de Direito.(10)

Chega a ser rara a hipótese de aproveitamento de sentença condenatória com pena inferior a 1 (um) ano. O lapso prescricional de 2 (anos) quase sempre se aperfeiçoa, mormente diante da possibilidade de o termo inicial da prescrição retroativa poder retroagir a data anterior à do recebimento da denúncia ou queixa (art. 110, § 2º, revogado).

Esse quadro tende a modificar-se com o advento da Lei nº 12.234/2010, que deu nova redação ao inciso VI do art. 109 do Código Penal:

“Art. 109. A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto no § 1º do art. 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se:

(...)

VI – em 3 (três) anos, se o máximo da pena é inferior a 1 (um) ano.

Mas teremos ainda um problema sério a resolver. A prescrição da pretensão punitiva com base na pena aplicada tem hoje encontrado campo fértil em crimes que geralmente são punidos com penas de 1 (um) até 2 (dois) anos, como são o estelionato, a maioria dos ambientais,(11) os falsos (ideológico e de documento particular), o descaminho e o contrabando, a quadrilha, a apropriação indébita, os crimes contra as finanças públicas etc, pois o prazo prescricional continua sendo de 4 (quatro) anos.

O raciocínio que norteou a elevação do prazo prescricional da pena inferior a 1 (um) ano para 3 (três) anos, ou seja, 3 (três) vezes a duração da pena, deveria também ser utilizado para as penas de 1 (um) a 2 (dois) anos, que haveriam de submeter-se à prescrição com o lapso de 6 (seis) anos.

7 A questão sob o enfoque do Direito Intertemporal

Versando ambas as leis sobre direito substantivo, e traduzindo regras penais mais gravosas ao réu, na medida em que introduzem, uma, nova causa interruptiva da prescrição reduzindo a possibilidade de se aperfeiçoar o prazo de prescrição intercorrente, e outra, aumento do prazo de prescrição e redução das hipóteses de reconhecimento da prescrição retroativa, consoante dispõe o art. 1º do CP, somente terão eficácia em relação a fatos ocorridos posteriormente às suas vigências (Art. 5º, LX, da Constituição: “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”).

Esse foi o entendimento que vingou quando da alteração do art. 366 do CPP, ao instituir hipótese de suspensão da prescrição, dificultando a extinção da pretensão punitiva do Estado (STJ, HC 39671, 2004.01.637881/RJ, 6ª Turma, DJU 05.02.2007, p. 385, Relator Min. Hamilton Carvalhido).

8 Premissa para o acolhimento do discurso sobre as penas privativas curtas: revisão dos prazos de prescrição

Conquanto seja o tema afeto à duração das reprimendas uma questão aberta no direito penal,(12) parece ser uma tendência a valorização das penas privativas de liberdade mais curtas, ou seja, aquelas que não excedem de 2 (dois) anos de duração.(13) Seja pela desconfiança geral no modelo punitivo dominante, que, ao longo do tempo, revelou-se inoperante aos fins da recuperação social do infrator da lei penal e da prevenção de delitos, seja em razão das condições desumanas que caracterizam o cumprimento das penas no sistema carcerário brasileiro, a doutrina revela propensão para prestigiar as sanções mais curtas e, consequentemente, mais racionais e humanas. Não se pode olvidar o princípio da humanização das penas (art. 5º, XLVII, XLIX e L, da Constituição), cujo enunciado resguarda a dignidade da condição humana do preso.

É remoto o êxito na meta de reduzir os índices de impunidade com medidas isoladas, como, por exemplo, a aplicação de penas privativas de liberdade, especialmente as de média e longa duração, exceto para os casos em que a liberdade do infrator da lei penal represente sério risco ao convívio social. De qualquer sorte, o tema é complexo e uma discussão mais aprofundada refoge ao alcance do presente trabalho. Parece ser indubitável, no entanto, que essa celeuma diz respeito muito mais ao mister legislativo. Ao Poder Judiciário, vinculado que está aos limites legais da pena e aos critérios legais operativos de dosimetria, remanesce restrita margem deliberativa na gradação da pena privativa de liberdade.

Nada obstante a tendência doutrinária, do Poder Judiciário, na medida do aumento da criminalidade, cobra-se mais rigorismo na aplicação das reprimendas penais legalmente previstas. Exige-se, sobretudo, que a sanção seja suficiente para a reprovação do delito e eficaz para a sua prevenção, sob pena de desatender ao dever estatal de proteção e aniquilamento do direito fundamental de segurança conferido pela Constituição a todas as pessoas (art. 5º, *caput*).

Sob o enfoque da prescrição, pretende-se apenas realçar uma questão que interfere diretamente no ideário das correntes reducionistas de pena. As penas privativas de liberdade curtas (não superiores a dois anos), que a doutrina majoritária entende serem as recomendáveis, se considerados os prazos prescricionais previstos na legislação penal, fatalmente conduziram à vala comum da prescrição retroativa a pretensão punitiva estatal para delitos de maior gravidade ou lesividade social que hoje, em alguns casos, ainda permanecem a salvo. Dessarte, a premissa para a discussão da (re)valorização das penas curtas passa pelo aumento dos atuais prazos prescricionais. Do contrário, teríamos o verdadeiro caos na Justiça Penal, com a prescrição alcançando a quase todos os processos, o que representaria a total inoperância da tutela penal.

Em suma: para se conferir maior efetividade ao direito penal, é preferível um sistema que opere, sob o ponto de vista legal, com penas menores e prazos prescricionais maiores. Por ora, os prazos prescricionais previstos no Código Penal revelam-se impeditivos da implementação de uma política criminal de redução de penas privativas de liberdade.

Conclusão

A prescrição penal, cujos fundamentos a tornam indispensável a qualquer sistema penal democrático, constitui, não obstante, uma forma qualificada de impunidade, e, ademais, sua incidência patológica faz com que seja a função primordial do Direito Penal de proteção social relegada ao plano de mera manifestação de propósitos, motivo por que se deve envidar todos os esforços no sentido de reduzir a sua ocorrência ao mínimo possível.

Se o dever de proteção impõe ao legislador a concepção e a manutenção de sistemas penais preventivos e sancionatórios eficazes, na medida em que a sanção se faça necessária para a prevenção especial e geral, revelam-se inconstitucionais, por malferimento ao princípio da vedação à proteção insuficiente, os contornos do sistema penal que apresenta rupturas e antinomias, como são os exíguos prazos prescricionais previstos no Código Penal e a prescrição retroativa.

Com o advento da Lei nº 11.596, de 29 de novembro de 2007, inserindo o acórdão confirmatório da sentença condenatória como marco interruptivo da prescrição, e da Lei nº 12.234, de 05 de maio de 2010, que aumenta o prazo de prescrição para os delitos cuja pena máxima seja inferior a um (1) ano e reduz o âmbito de contagem do prazo para o aperfeiçoamento da prescrição retroativa, que não poderá mais retroagir da data da denúncia ou queixa, antevê-se salutar redução de casos de prescrição penal. Por conseguinte, estará o Direito Penal ganhando em eficiência e funcionalidade, e o Poder Judiciário resgatando sua função relevante de pacificação social.

Notas

1. Não se conhecem os dados das Justiças Estaduais, nem é conveniente generalizar assertivas diante da diversidade de realidades, mas não seria demasiado estimar que a situação, no contexto nacional, não é muito mais confortável.
2. VON LISTZ, Franz. **Tratado de Derecho Penal**. Tradução de Jiménez de Asúa. 20. ed. alemã, 2. ed. Madrid, 1929. v. 3. p. 403.
3. GUARAGNI, Fábio André. **Prescrição Penal e Impunidade**. Curitiba: Juruá, 2000. p. 143.
4. MENDES DE ALMEIDA, J. Canuto. **Processo Penal. Ação e Jurisdição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975. p. 110.
5. MACHADO, Fábio Guedes de Paula. **Prescrição Penal: prescrição funcionalista**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 139.
6. GUARAGNI, op.cit., p. 43.
7. FELDENS, Luciano. **Tutela Penal de Interesses Difusos e Crimes do Colarinho-Branco**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 81.
8. QUEIROZ, Paulo. **Acórdão condenatório e prescrição**: a propósito da Lei nº 11.596/2007. Disponível em: <[http://pauloqueiroz.net /acordao-condenatorio-e-prescricao-a-proposito-da-lei-n%C2%B0-115962007/](http://pauloqueiroz.net/acordao-condenatorio-e-prescricao-a-proposito-da-lei-n%C2%B0-115962007/)>. Acesso em: 25 jun. 2010.
9. GUARAGNI, op. cit., p. 130.
10. Assinalando a base social empírica que deve servir de alicerce à construção do direito, é adequada a observação de MIR PUIG: *“Desde una perspectiva democrática la función del derecho penal ha de ser proteger intereses reales dos ciudadanos y no sólo normas jurídicas”* (MIR PUIG, Santiago. Limites del normativismo en Derecho Penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 64, jan./fev. 2007, Editora Revista dos Tribunais, p. 218).
11. Os delitos ambientais não geram efeitos imediatos, protraindo-se no tempo e quase sempre produzindo efeitos sensíveis de lesividade ao bem jurídico tutelado momentos depois da ação, fator que impede ou dificulta a descoberta e a investigação do delito. O sistema legal, tal como concebido, não cumpre sua função de garantir eficácia à proposta constitucional de proteção especial ao meio ambiente. Quiçá se devesse trabalhar com maior amplitude a ideia de delito permanente, ficando condicionado o início do prazo prescricional à cessação da atividade lesiva ao meio ambiente (art. 111, inciso III, do Código Penal) ou ainda à reparação do dano ambiental, como uma nova causa impeditiva da prescrição acrescida às hipóteses elencadas no art. 116 do Código Penal. Com isso ficaria afastada a necessidade de aumento das penas fixadas na Lei dos Crimes Ambientais, medida, aliás, que não resolveria o problema. No que tange à responsabilidade civil por dano ambiental, o STJ tem reconhecido a imprescritibilidade da ação reparatória: “A ação de reparação/recuperação ambiental é imprescritível” (REsp. nº 647493, 2ª Turma, DJU 22.10.2007, p. 233, relator Ministro João Otávio de Noronha).
12. É digna de ressalva a carência de estudos mais aprofundados sobre a questão da qualidade do tempo da pena, na perspectiva da justa proporção entre o delito e a sanção, devendo-se ressaltar o excelente trabalho de MESSUTI, em que se destaca a seguinte observação: “A qualidade do tempo que se vive durante a pena, por ser precisamente o ‘tempo da pena’, não pode ser a mesma daquele que vive livre de pena. Qualquer atividade que se realize durante esse tempo não será verdadeira atividade, estará impregnada do tempo e do espaço da pena. Ainda que aparentemente esteja em movimento, o sujeito da pena está imobilizado em determinado espaço, no qual transcorre um tempo diferente” (MESSUTI, Ana. **O Tempo como pena**. Tradutores Tadeu

Antonio Dix Silva e Maria Clara Veronesi de Toledo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 44).

13. Não é uníssona a doutrina quanto ao conceito de pena de curta duração. Adoto o entendimento que considera curtas as penas privativas de liberdade que não excedam de dois anos. Vide, a propósito, o enfrentamento da questão por RIBEIRO, expressando a diversidade de respeitáveis opiniões a respeito (RIBEIRO, Bruno de Moraes. Revalorização das Penas Privativas Curtas: instrumento para a redução da intervenção penal. **Revista da Ordem dos Advogados do Brasil**, n. 83, jul./dez. 2006, p. 15-28).

Referência bibliográfica (de acordo com a NBR 6023: 2002/ABNT):

VAZ, Paulo Afonso Brum. *O fim da farra da prescrição penal: Lei nº 11.596, de 29 de novembro de 2007, e Lei nº 12.234, de 05 de maio de 2010.* **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 36, jun. 2010. Disponível em:

< http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao036/paulo_afonso.html >
Acesso em: 09 ago. 2010.

REVISTA DE DOUTRINA DA 4ª REGIÃO
PUBLICAÇÃO DA ESCOLA DA MAGISTRATURA DO TRF DA 4ª REGIÃO - EMAGIS